



**University of
Zurich^{UZH}**

**Zurich Open Repository and
Archive**

University of Zurich
University Library
Strickhofstrasse 39
CH-8057 Zurich
www.zora.uzh.ch

Year: 2013

**”Zulassungsstopp” in der Krankenversicherung: Zur erneuten Einschränkung
der Zulassung zur Tätigkeit zulasten der Krankenversicherung (Art. 55a
KVG)**

Gächter, Thomas ; Burch, Stephanie

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich

ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-86109>

Journal Article

Originally published at:

Gächter, Thomas; Burch, Stephanie (2013). ”Zulassungsstopp” in der Krankenversicherung: Zur erneuten Einschränkung der Zulassung zur Tätigkeit zulasten der Krankenversicherung (Art. 55a KVG). *hill - Zeitschrift für Recht und Gesundheit*:online.

Dokument	hill 2013 Nr. 123
Autor	Thomas Gächter, Stephanie Burch
Titel	"Zulassungsstopp" in der Krankenversicherung
Publikation	hill Zeitschrift für Recht und Gesundheit
Herausgeber	Ghislaine Frésard-Fellay, Thomas Gächter, Ueli Kieser, Agnes Leu, Tomas Poledna, Bernhard Rütsche, Daniel Staffelbach
Verlag	Schulthess Juristische Medien AG

"Zulassungsstopp" in der Krankenversicherung

Zur erneuten Einschränkung der Zulassung zur Tätigkeit zulasten der Krankenversicherung (Art. 55a KVG)

Thomas Gächter*/Stephanie Burch**

Anders als beim "Zulassungsstopp", der bis Ende 2011 galt, sind nicht mehr Ärzte und Ärztinnen mit bestimmten Weiterbildungstiteln vom Bedürfnisnachweis ausgenommen, wenn sie eine Tätigkeit zulasten der Krankenversicherung aufnehmen wollen. Vielmehr sind es in der aktuellen Regelung Personen, die mindestens drei Jahre an einer anerkannten schweizerischen Weiterbildungsstätte gearbeitet haben (Art. 55a Abs. 2 KVG). Der Beitrag zeigt die Entwicklung der bisherigen Zulassungsbeschränkungen auf und geht auf die Problematik der jüngsten Regelung ein. Es ist insbesondere umstritten, ob die Anknüpfung an das Kriterium der Tätigkeit in einer schweizerischen Weiterbildungsstätte mit dem Personenfreizügigkeitsabkommen zwischen der Schweiz und der EU vereinbar ist.

A. Motive für den Zulassungsstopp¹

- 1 Art. 55a KVG ist im Abschnitt über die ausserordentlichen Massnahmen zur *Eindämmung der Kostenentwicklung* angesiedelt. Konkreter Anlass für die erste Einführung eines Zulassungsstopps im Jahr 2002 war die *Befürchtung einer "Ärztenschwemme"* aufgrund der Inkraftsetzung des Freizügigkeitsabkommens mit der

¹ Die nachfolgenden Ausführungen basieren auf einem Schwerpunktthema des Referats von Thomas Gächter an der 3. St. Galler Gesundheitsrechtstagung vom 22. August 2013. Die vollständigen Ausführungen werden im Tagungsband publiziert, der in wenigen Monaten von Ueli Kieser und Agnes Leu in der Schriftenreihe des IRP herausgegeben wird.

² Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (mit Anhängen, Prot. und Schlussakte, FZA; SR 0.142.112.681).

EU und ihren Mitgliedstaaten² (sowie mit den EFTA-Staaten³). Befürchtet wurde eine mit der Zuwanderung von Leistungserbringern verbundene Kostensteigerung in der Krankenversicherung, weil jede neu eröffnete Praxis erhebliche Zusatzkosten verursacht.⁴

- 2 Die bedarfsabhängige Zulassung war ursprünglich *als Übergangslösung gedacht* und hätte durch langfristige, strukturelle Massnahmen abgelöst werden sollen.⁵ Entsprechende Hoffnungen wurden in die Einführung der Vertragsfreiheit und in die Managed Care-Vorlage gesetzt. Der Zulassungsstopp lief - nachdem er dreimal verlängert und auch modifiziert worden war⁶ - Ende 2011 aus. Beide Konzepte - Zulassungsstopp und Managed Care - sind jedoch bekanntlich gescheitert.⁷ Seit Anfang 2012 verfügte der Bund über kein Mittel mehr, um die Zulassung von Ärzten zu steuern. Die Zahl der Gesuche um Zahlstellennummern hat sich in der Folge mehr als verdoppelt.⁸
- 3 Grundsätzlich vermag das sozialpolitische Motiv der Kostensenkung im Gesundheitswesen den *Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit* der Ärzte zwar durchaus zu rechtfertigen.⁹ Es bestehen jedoch erhebliche Zweifel an der Geeignetheit, Erforderlichkeit und Zumutbarkeit dieser Massnahme. Die Geltungsdauer ist wie beim vorangehenden Zulassungsstopp zeitlich beschränkt, es handelt sich also erneut nicht um eine langfristige Lösung. Gleichzeitig bestehen aufgrund der Erfahrungen in den letzten Jahren Zweifel, dass es tatsächlich bei dieser zeitlichen Beschränkung bleibt. Zudem hat diese Massnahme trotz mehrmaliger Verlängerung nicht zu einer markanten Verbesserung der Kostensituation geführt. Die frühzeitige Information der Öffentlichkeit führt zu einer überproportionalen Zunahme von Zulassungsgesuchen vor Inkrafttreten der Bedürfnisklausel. Und stellten sich beim 2002 eingeführten Zulassungsstopp angesichts der Anknüpfung an bestimmte Weiterbildungstitel vor allem Fragen hinsichtlich der Rechtsgleichheit und der Konsequenzen für Berufseinsteiger,¹⁰ steht beim neuen Zulassungsstopp die Vereinbarkeit mit dem Freizügigkeitsabkommen im Vordergrund.

B. Von 2002 bis 2011 geltende Regelung

1. 2002-2009: Allgemeiner Zulassungsstopp

- 4 Von der am 4. Juli 2002 in Kraft getretenen Regelung waren sowohl Ärzte und Ärztinnen, Einrichtungen, die der ambulanten Krankenpflege durch Ärzte und Ärztinnen dienen, Apotheker und Apothekerinnen, Zahnärzte und Zahnärztinnen, Chiropraktorinnen und Chiropraktoren, Laboratorien, Physiotherapeutinnen und Physiotherapeuten, Krankenschwestern und Krankenpfleger, Hebammen und

³ Übereinkommen vom 4. Januar 1960 zur Errichtung der Europäischen Freihandelsassoziation (EFTA; SR 0.632.31), für die Schweiz in Kraft getreten am 1. Juni 2002.

⁴ Botschaft vom 21. November 2012 zur Änderung des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung (Vorübergehende Wiedereinführung der bedarfsabhängigen Zulassung), BBl 2012 9439, S. 9440 f.

⁵ AB 2013 N 64 (Votum Humbel).

⁶ AS 2005 2353, 2008 3165 und 2009 5339.

⁷ Die Vertragsfreiheit bereits im Nationalrat (AB 2010 N 1047 ff.), die Managed Care-Vorlage in der Referendumsabstimmung vom 17. Juni 2012 (BBl 2012 7685).

⁸ AB 2013 N 64 (Votum Humbel).

⁹ Thomas Gächter/Eva Siki, Gesundheitsrecht: Entwicklungen in der Gesetzgebung, in: Schaffhauser René/Kieser Ueli (Hrsg.), 1. St. Galler Tagung zum Gesundheitsrecht, Neueste Entwicklungen in Gesetzgebung und Rechtsprechung - Vorarbeiten zum Präventionsgesetz, S. 59 mit Hinweisen.

¹⁰ Siehe dazu und zur vorangehenden Argumentation Gächter/Siki (Fn. 9), S. 59 f.

Ergotherapeuten betroffen.¹¹ In Anhang 1 zur aVEZL¹² legte der Bundesrat die Höchstzahlen für jede Kategorie von Leistungserbringern fest (bei den Ärzten nach den verschiedenen Weiterbildungstiteln), in Anhang 2 die Versorgungsdichte pro 100'000 Einwohnerinnen und Einwohner. Die Kantone konnten davon jedoch in dreierlei Hinsicht abweichen:

- Sie konnten vorsehen, dass die festgelegte *Höchstzahl* für eine oder mehrere Kategorien *nicht gilt* (Art. 2 Abs. 1 lit. a aVEZL).
- Sie konnten keine neuen Leistungserbringer mehr zulassen, obwohl die Höchstzahl noch nicht erreicht war, wenn die *Versorgungsdichte* in einem bestimmten Kantonsgebiet *zu hoch* war (Art. 2 Abs. 1 lit. b aVEZL).
- Sie konnten jedoch auch Leistungserbringer zulassen, wenn die Höchstzahlen bereits erreicht waren, wenn eine *Unterversorgung* bestand (Art. 3 aVEZL).

- 5 Im Jahr 2004 wurde Art. 55a KVG dahingehend ergänzt, dass die erteilte Zulassung verfällt, wenn nicht innert einer bestimmten Frist von ihr Gebrauch gemacht wird (Abs. 4). Der Bundesrat legte diese Frist auf 6 Monate fest (Art. 3a aVEZL).¹³

2. 2010-2011: Ausnahmen für Personen mit bestimmten Weiterbildungstiteln

- 6 Im Jahr 2009 wurden die "anderen Leistungserbringer" nach Art. 38 i.V.m. Art. 35 Abs. 2 KVG vom Zulassungsstopp ausgenommen.¹⁴ Zusätzlich erwähnt wurden neu jedoch die Ärztinnen und Ärzte, die im ambulanten Bereich von Spitälern nach Art. 39 KVG tätig sind. Personen mit folgenden Weiterbildungstiteln waren vom Bedürfnisnachweis befreit:
- Allgemeinmedizin,
 - Praktischer Arzt oder praktische Ärztin (einziger Weiterbildungstitel),
 - Innere Medizin (einziger Weiterbildungstitel),
 - Kinder- und Jugendmedizin.
- 7 Die Ausnahmeregelung in Art. 55a KVG knüpfte also an den Weiterbildungstitel an.¹⁵

C. Aktuelle Regelung: Inhalt des neuen Zulassungsstopps

- 8 In der seit dem 1. Juli 2013 in Kraft stehenden Fassung von Art. 55a KVG wird bei der Bestimmung der Ausnahmen vom Zulassungsstopp nicht mehr an die Weiterbildungstitel, sondern an eine mindestens dreijährige Tätigkeit an einer anerkannten schweizerischen Weiterbildungsstätte angeknüpft.
- 9 Im Entwurf des Bundesrates¹⁶ war noch vorgesehen, die Apotheker und Apothekerinnen gemäss Art. 37 KVG ebenfalls dem Bedürfnisnachweis zu unterstellen. Zudem knüpfte er bei der Ausnahmeregelung wie bei der bis Ende 2011 geltenden Fassung an bestimmte Weiterbildungstitel an (statt "Allgemeinmedizin" und "Innere Medizin als einziger Weiterbildungstitel" jedoch "Allgemeine Innere Medizin, sofern sie [die Personen] über keinen anderen Weiterbildungstitel verfügen").¹⁷

¹¹ Art. 55a KVG in der Fassung vom 24. März 2000 (AS 2000 2305) i.V.m. Art. 36-38 KVG; VEZL in der Fassung vom 3. Juli 2002 (insb. Anhänge 1 und 2).

¹² Verordnung vom 3. Juli 2002 über die Einschränkung der Zulassung von Leistungserbringern zur Tätigkeit zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung (VEZL; AS 2002 2549, in Kraft bis 31. Dezember 2011).

¹³ AS 2005 2353.

¹⁴ AS 2009 5265.

¹⁵ Siehe dazu bereits Gächter/Siki (Fn. 9), S. 37 und 56 ff.

¹⁶ BBl 2012 9453.

¹⁷ Thomas Cottier/Rachel Liechti-McKee, KVG-Teilrevision: Zur Vereinbarkeit mit dem bilateralen Freizügigkeitsabkommen Schweiz-EU, Jusletter 10. Juni 2013, Rz. 43 f.: "Nachdem

- 10 Die Anknüpfung an die Tätigkeit an einer anerkannten schweizerischen Weiterbildungsstätte geht auf Nationalrätin Maja Ingold zurück (wobei dies gemäss ihrem Antrag eine zusätzliche, nicht die einzige Ausnahmeregelung gewesen wäre).¹⁸ Der Antrag Ingold, welcher zu diesem Zeitpunkt noch eine Tätigkeit von mindestens fünf Jahren an einer anerkannten schweizerischen Weiterbildungsstätte vorgesehen hatte, wurde im Nationalrat mit einem Stimmenverhältnis von 180 zu 1 angenommen.¹⁹ Das Bundesgesetz vom 21. Juni 2013 wurde gestützt auf Art. 165 Abs. 1 BV für dringlich erklärt, per 1. Juli 2013 in Kraft gesetzt und in der Geltung bis zum 30. Juni 2016 befristet.²⁰
- 11 Der Minderheitsantrag Cassis, das Geschäft an den Bundesrat zurückzuweisen, um diesen zu beauftragen, innert zwei Jahren Alternativvorschläge zur Steuerung der ambulanten Medizin zu unterbreiten, wurde im Nationalrat relativ knapp mit 94 zu 89 Stimmen abgelehnt.²¹ Es bleibt zu hoffen, dass der Gesetzgeber es diesmal schafft, bis zum Auslaufen der Frist am 30. Juni 2016 eine trag- bzw. referendumsfähige Lösung vorzulegen!

D. Vereinbarkeit mit dem Freizügigkeitsabkommen?

- 12 Wie bereits angedeutet wird die neue Regelung in erster Linie aus völker- und verfassungsrechtlichen Gründen problematisiert.²² Die Problematik besteht darin, dass Ausländer aus dem EU/EFTA-Raum von dieser Regelung faktisch weit mehr betroffen sind als Inländer.

1. Vorbemerkung: Zulassung zur selbstständigen Ausübung eines universitären Medizinalberufs in der Schweiz

- 13 Wer in der Schweiz den Arztberuf selbstständig ausüben will, bedarf dazu einer *kantonalen Bewilligung* (Art. 34 MedBG). Bewilligungsvoraussetzung ist u.a. ein eidgenössischer Weiterbildungstitel (Art. 36 Abs. 2 MedBG). *Ausländische Weiterbildungstitel werden anerkannt*, sofern ihre Gleichwertigkeit in einem Vertrag über die gegenseitige Anerkennung mit dem betreffenden Staat vorgesehen ist und die Inhaberin oder der Inhaber eine Landessprache beherrscht (Art. 21 Abs. 1 MedBG).²³ Gemäss Art. 36 KVG i.V.m. Art. 39 Abs. 2 KVV müssen diese Voraussetzungen auch für die Zulassung zur Tätigkeit zulasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung erfüllt sein. Zwischen der Schweiz und der EU und ihren Mitgliedstaaten ist die Anerkennung von Berufsqualifikationen im Freizügigkeitsabkommen geregelt bzw. in der in deren Rahmen von der Schweiz übernommenen EU-Richtlinie 2005/36/EG über die Anerkennung der

in der Schweiz bis Ende 2010 zwei Weiterbildungen in Allgemeinmedizin, namentlich die Weiterbildung zur praktischen Ärztin/zum praktischen Arzt mit einem [recte: einer] Dauer von drei Jahren und die Weiterbildung in Allgemeinmedizin mit einer Dauer von fünf Jahren, möglich waren, wurde die Schweiz durch eine diplomatische Note der EU-Kommission aufgefordert, sich in diesem Bereich für einen einzigen Titel zu entscheiden, um unnötige Doppelspurigkeiten zu vermeiden. Die Schweiz hat sich entschieden in diesem Bereich den Titel praktische Ärztin/praktischer Arzt beizubehalten und auf den Facharztstitel ‚Allgemeinmedizin‘ zu verzichten. Am 1. Januar 2011 wurden die beiden Weiterbildungen in Allgemeinmedizin und in innerer Medizin im neuen Weiterbildungsprogramm ‚Allgemeine Innere Medizin‘ zusammengelegt."

¹⁸ AB 2013 N 72.

¹⁹ AB 2013 N 74.

²⁰ Ziff. III der Änderung des KVG vom 21. Juni 2013 (AS 2013 2065).

²¹ AB 2013 N 72.

²² Gemäss Poledna/Rütsche ist die aktuelle Regelung gar völker- und verfassungsrechtlich "unhaltbar" (Tomas Poledna/Bernhard Rütsche, Diskriminierung von Ärzten aus dem EU- und dem Efta-Raum, Neue Zürcher Zeitung vom 18. April 2013, S. 23).

²³ Siehe zu dieser Thematik im Allgemeinen Matthias Oesch, Zulassung von ausländischen universitären Medizinalpersonen zum Markt, in: Tomas Poledna/Reto Jacobs (Hrsg.), Gesundheitsrecht im wettbewerblichen Umfeld, Zürich 2010, S. 21 ff.

Berufsqualifikationen. Ärzte aus dem EU-Raum mit einem als gleichwertig anerkannten Weiterbildungstitel sind also unter Vorbehalt des Spracherfordernisses zur selbstständigen Berufsausübung in der Schweiz zugelassen.

- 14 Durch den neuen Art. 55a KVG kommt nun eine weitere Bedingung hinzu: Zugelassen (zur Tätigkeit zulasten der sozialen Krankenversicherung) wird nur, wer mindestens drei Jahre an einer anerkannten schweizerischen Weiterbildungsstätte gearbeitet hat. Schweizer Ärzte erfüllen diese Voraussetzung im Normalfall ohne Weiteres, Ausländer werden sich in der Regel nach ihrer Aus- und Weiterbildung im Ausland zusätzliche drei Jahre in der Schweiz weiterbilden müssen, obwohl die Weiterbildung, die sie bereits absolviert haben, als gleichwertig anerkannt ist. Neben dem nachfolgend zu erörternden Aspekt der Diskriminierung von ausländischen Ärzten stellt sich insbesondere auch die Frage nach der Kohärenz der Rechtsordnung.

2. Allgemeines Diskriminierungsverbot und Gebot der Gleichbehandlung von selbstständig Erwerbstätigen (Art. 2 und 4 FZA i.V.m. Art. 15 Anhang I FZA)

- 15 Nach Art. 2 FZA dürfen die Staatsangehörigen einer Vertragspartei, die sich rechtmässig im Hoheitsgebiet einer anderen Vertragspartei aufhalten, bei der Anwendung des Freizügigkeitsabkommens nicht auf Grund ihrer Staatsangehörigkeit diskriminiert werden (*allgemeines Diskriminierungsverbot*). Das Recht auf Aufenthalt und Zugang zu einer Erwerbstätigkeit wird nach Massgabe des Anhangs I eingeräumt (Art. 4 FZA). Art. 15 Abs. 1 dieses Anhangs konkretisiert das allgemeine Diskriminierungsverbot in Bezug auf die *Gleichbehandlung von selbstständig Erwerbstätigen*.²⁴ Danach wird dem Selbstständigen im Aufnahmestaat hinsichtlich des Zugangs zu einer selbstständigen Erwerbstätigkeit und deren Ausübung eine Behandlung gewährt, die nicht weniger günstig ist als die den eigenen Staatsangehörigen gewährte Behandlung.
- 16 Erfasst sind von dieser Bestimmung vor dem Hintergrund des *Grundsatzes der parallelen Auslegung* von abkommens- und unionsrechtlichen Bestimmungen sowohl *direkte* als auch *indirekte* Diskriminierungen.²⁵ In Bezug auf letztere verlangt der EuGH "keine statistischen Nachweise, sondern stellt darauf ab, dass das gewählte Kriterium die Gefahr mit sich bringt, dass in erster Linie oder in besonderem Masse EU-Ausländer benachteiligt werden".²⁶

3. Auslegung des Freizügigkeitsabkommens

- 17 Das Freizügigkeitsabkommen ist zunächst nach den allgemeinen völkerrechtlichen Regeln auszulegen. Gemäss *Art. 31 Abs. 1 des Wiener Übereinkommens*²⁷ ist ein Staatsvertrag "nach Treu und Glauben in Übereinstimmung mit der gewöhnlichen, seinen Bestimmungen in ihrem Zusammenhang zukommenden Bedeutung und im Lichte seines Zieles und Zweckes auszulegen". Die Auslegung geschieht autonom durch jede Vertragspartei.²⁸ Ziel und Zweck des Freizügigkeitsabkommens ist die Einbindung der Schweiz in die auf dem Gebiet der EU gewährleistete

²⁴ Siehe dazu Astrid Epiney, Vorübergehende Wiedereinführung der bedarfsabhängigen Zulassung frei praktizierender Ärzte, *Ausgewählte Aspekte der Vereinbarkeit mit dem Freizügigkeitsabkommen Schweiz-EU*, Jusletter 22. April 2013, Rz. 11.

²⁵ Epiney (Fn. 24), Rz. 5 ff. und Rz. 12. Siehe auch Cottier/Liechti-McKee (Fn. 16), Rz. 10 ff. und Rz. 18.

²⁶ Epiney (Fn. 24), Rz. 12. "Dies ist regelmässig dann der Fall, wenn das Unterscheidungskriterium einen besonderen Bezug zu einem Mitgliedstaat aufweist, wie z.B. Wohnsitz oder Ausbildungsort."

²⁷ Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge, abgeschlossen in Wien am 23. Mai 1969, für die Schweiz in Kraft getreten am 6. Juni 1990 (SR 0.111).

²⁸ Cottier/Liechti-McKee (Fn. 17), Rz. 10 (mit Hinweis auf Cottier Thomas, *The Judge in International Economic Relations*, in: Monti Mario et al. [Hrsg.], *Wirtschaftsrecht und Justiz in Zeiten der Globalisierung*, Festschrift für Carl Baudenbacher, Baden-Baden 2007, S. 110).

Personenfreizügigkeit bzw. die Herstellung einer parallelen Rechtslage in den im Abkommen geregelten Bereichen.²⁹ Zum "Zusammenhang" gehört neben dem Wortlaut der Bestimmungen, den Anhängen und weiteren Übereinkünften insbesondere auch die Präambel (Art. 31 Abs. 2 Wiener Übereinkommen). Das Freizügigkeitsabkommen wurde gemäss seiner Präambel in der Überzeugung abgeschlossen, "dass die Freizügigkeit der Personen im Hoheitsgebiet der anderen Vertragspartei wesentlicher Bestandteil einer harmonischen Entwicklung ihrer Beziehungen ist", und die Vertragsparteien waren "entschlossen, diese Freizügigkeit zwischen ihnen auf der Grundlage der in der Europäischen Gemeinschaft geltenden Bestimmungen zu verwirklichen".

- 18 Diese Haltung kommt auch im eigentlichen Vertragstext explizit zum Ausdruck. Gemäss Art. 16 Abs. 1 FZA treffen die Vertragsparteien zur Erreichung der Ziele dieses Abkommens alle erforderlichen Massnahmen, damit in ihren Beziehungen gleichwertige Rechte und Pflichten wie in den Rechtsakten der Europäischen Gemeinschaft, auf die Bezug genommen wird, Anwendung findet. Gemäss Art. 16 Abs. 2 FZA wird die einschlägige Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften (EuGH) vor dem Zeitpunkt der Unterzeichnung berücksichtigt, soweit für die Anwendung dieses Abkommens Begriffe des Gemeinschaftsrechts herangezogen werden. Bindend ist also nur die Rechtsprechung des EuGH, welche vor der Unterzeichnung des Freizügigkeitsabkommens ergangen ist. Die Schweiz kann die nach diesem Zeitpunkt ergangene Rechtsprechung jedoch freiwillig übernehmen und auf Antrag einer Vertragspartei kann der Gemischte Ausschuss die Auswirkungen dieser Rechtsprechung auch verbindlich feststellen (Art. 16 Abs. 2 Satz 3 FZA). Von dieser Möglichkeit wurde bis anhin jedoch noch kein Gebrauch gemacht.³⁰
- 19 Grundsätzlich wird die Rechtsprechung des EuGH im Hinblick auf das Ziel des Freizügigkeitsabkommens übernommen.³¹ So hielt das Bundesgericht in BGE 136 II 5 fest, dass es - um das Abkommensziel einer parallelen Rechtslage nicht zu gefährden - die Rechtsprechung des EuGH in angemessener Weise in seine Beurteilung einbeziehen und ihr Rechnung tragen werde. Vor diesem Hintergrund kann in Bezug auf diejenigen Bestimmungen des Freizügigkeitsabkommens, die auf Unionsrecht zurückgehen, von einem *Grundsatz der parallelen Auslegung* ausgegangen werden.³² Die Auslegung von EU-rechtlichen Bestimmungen kann jedoch nicht automatisch und vollständig auf die Auslegung der Bestimmungen des Freizügigkeitsabkommens übertragen werden, weil die Schweiz durch den bilateralen Weg ja gerade nicht alle Hindernisse beseitigen wollte.³³
- 20 Konkret geht es im vorliegenden Fall um die Berücksichtigung der Rechtsprechung zur im europäischen Binnenmarkt (zu dem die Schweiz durch die Ablehnung des EWR eben gerade nicht gehört) gewährleisteten *Niederlassungsfreiheit* (Art. 49 ff. AEUV³⁴). Dieses Recht enthält ebenso wie Art. 15 Abs. 1 Anhang I FZA ein Diskriminierungsverbot, welches Diskriminierungen de jure und de facto umfasst, also auch "Diskriminierungen, die nicht direkt an die Staatsangehörigkeit anknüpfen, sondern an den Wohnsitz oder ein anderes Kriterium, sich jedoch gleich nachteilig auf die Marktteilnehmer auswirken wie direkte Diskriminierungen".³⁵ Darunter fallen auch

²⁹ Epiney (Fn. 24), Rz. 5; BGE 136 II 5, E. 3.4.

³⁰ Epiney (Fn. 24), Rz. 6.

³¹ Vgl. Epiney (Fn. 24), Rz. 6: "[...]; vielmehr geht es nur (aber immerhin) um eine grundsätzliche Pflicht zur Beachtung der neuen Urteile in dem Sinn, dass zunächst eine Vermutung ihrer Beachtlichkeit auch für Auslegung und Anwendung des Freizügigkeitsabkommens spricht."

³² Epiney (Fn. 24), Rz. 5 ff. und Rz. 12. (Rz. 7: "Dieser Grundsatz der parallelen Auslegung wurde allerdings vom EuGH in seiner bisherigen, eher spärlichen Rechtsprechung noch nicht als solcher formuliert; [...]"). Siehe auch Cottier/Liechti-McKee (Fn. 17), Rz. 10 ff. und Rz. 18.

³³ Cottier/Liechti-McKee (Fn. 17), Rz. 13 (mit Hinweis auf die Rechtsprechung des EuGH).

³⁴ Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, in Kraft getreten am 1. Dezember 2009.

³⁵ Cottier/Liechti-McKee (Fn. 17), Rz. 18 (mit Hinweis auf Frenz Walter, Handbuch Europarecht, Band 1, Europäische Grundfreiheiten, 2. Aufl., Berlin 2012). Darüber hinaus sei die Niederlassungsfreiheit vom EuGH schrittweise zu einem "allgemeinen Verbot ungerechtfertigter Beschränkungen der freien Niederlassung ausgebaut worden (Übermassverbot)" (Rz. 19, wiederum mit Hinweis auf Frenz).

Regelungen, die „im wesentlichen“ oder „ganz überwiegend“ EU-Ausländer betreffen sowie unterschiedslos geltende Regelungen, die von inländischen Personen leichter zu erfüllen sind als von ausländischen.“³⁶

4. Faktische Diskriminierung von Ausländern aus dem EU/EFTA-Raum

- 21 Beim neuen Zulassungsstopp könnte es sich um eine faktische Diskriminierung von Staatsangehörigen der EU/EFTA-Mitgliedstaaten handeln. Es wird im Wortlaut nicht an das Merkmal der Staatsangehörigkeit angeknüpft (keine direkte Diskriminierung), der Bedürfnisnachweis knüpft aber an Voraussetzungen an, die von inländischen Personen leichter zu erfüllen sind (mehrjährige Tätigkeit an einer anerkannten schweizerischen Weiterbildungsstätte) und betrifft damit ganz überwiegend (im Sinne der Rechtsprechung des EuGH zur in Art. 49 AEUV garantierten Niederlassungsfreiheit) die Ausländer aus dem EU/EFTA-Raum.³⁷ Gemäss Poledna/Rütsche wirkt die zeitliche Hürde gar *nur* bei Medizinalpersonen aus dem EU/EFTA-Raum, weshalb die Regelung im Ergebnis einer verbotenen Differenzierung nach dem Merkmal der Staatsangehörigkeit gleichkomme.³⁸
- 22 Auch Astrid Epiney hält das Erfordernis einer mehrjährigen Tätigkeit an einer anerkannten schweizerischen Weiterbildungsstätte, wie es vom Nationalrat eingeführt und schliesslich auch vom Ständerat angenommen worden ist, für unvereinbar mit dem Freizügigkeitsabkommen.³⁹ Es handle sich dabei um eine nicht gerechtfertigte, materielle Diskriminierung, weil die Regelung die Gefahr enthalte, dass in erster Linie Schweizer diese Voraussetzung erfüllen und EU-Bürger damit benachteiligt werden, wobei diese Gefahr *nicht statistisch belegt sein müsse*.
- 23 Gemäss Cottier/Liechti-McKee verletzt der neue Zulassungsstopp die *Stillhalteklausele* gemäss Art. 13 FZA, welche weiter gehe als das Diskriminierungsverbot.⁴⁰ Die Eröffnung einer Arztpraxis falle zweifelsfrei in den Anwendungsbereich des Abkommens, weshalb die Einführung neuer Beschränkungen für Staatsangehörige der anderen Vertragspartei untersagt sei. Sie argumentieren weiter, dass der neuerliche Zulassungsstopp auch hinsichtlich des in der EU geltenden *Übermassverbots* in Bezug auf die Niederlassungsfreiheit von Selbstständigerwerbenden problematisch sei. Aufgrund der dargestellten Auslegungsmethoden und insbesondere im Hinblick auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts erachten sie die Anwendbarkeit dieses Verbots als naheliegend.⁴¹ Das Übermassverbot geht ebenfalls über das Diskriminierungsverbot hinaus und besteht in einem allgemeinen Verbot ungerechtfertigter Beschränkungen der freien Niederlassung.⁴² Diese Autoren halten jedoch fest, dass in Bezug auf das Erfordernis einer mehrjährigen Tätigkeit an einer anerkannten schweizerischen Weiterbildungsstätte *nicht von einer faktischen Diskriminierung von Ausländern aus*

³⁶ Cottier/Liechti-McKee (Fn. 17), Rz. 22 (mit Hinweis auf die Rechtsprechung des EuGH und Frenz).

³⁷ Cottier/Liechti-McKee (Fn. 17), Rz. 22.

³⁸ Poledna/Rütsche (Fn. 22).

³⁹ Epiney (Fn. 24), Rz. 15 ff., insb. Rz. 18. Sie ist aber der Ansicht, dass der Bedürfnisnachweis in der Form des bundesrätlichen Entwurfes (Anknüpfen an bestimmte Weiterbildungstitel) mit dem Freizügigkeitsabkommen vereinbar gewesen wäre (Rz. 29). Erhebliche Bedenken bezüglich der Verfassungsmässigkeit des bundesrätlichen Entwurfes (das FZA stand damals noch nicht im Zentrum der Überlegungen) hatte allerdings auch Felix Uhlmann, Kurzgutachten im Auftrag des Verbands Schweizerischer Assistenz- und Oberärztinnen und -ärzte (VSAO) vom 24. Januar 2013 betreffend Zulässigkeit der Wiedereinführung der bedarfsabhängigen Zulassung (Zulassungsstopp), einsehbar unter www2.vsao.ch/content/default.asp?txtArchiv=yes&txtCatID=1&txtContentID=0&txtParentID=0 (zuletzt besucht am 27. August 2013).

⁴⁰ Cottier/Liechti-McKee (Fn. 17), Rz. 34.

⁴¹ Cottier/Liechti-McKee (Fn. 17), Rz. 35. Diese Frage sei bisher weder vom EuGH noch vom Bundesgericht untersucht und deshalb auch in der Lehre meist offen gelassen worden.

⁴² Cottier/Liechti-McKee (Fn. 17), Rz. 18 (mit Hinweis auf Frenz Walter, Handbuch Europarecht, Band 1, Europäische Grundfreiheiten, 2. Aufl., Berlin 2012).

dem EU/EFTA-Raum gesprochen werden könne.⁴³ Es gehe bei dieser Regelung um die *Gewährleistung der Qualität des schweizerischen Gesundheitssystems*. Diese letztere Begründung erscheint uns allerdings nicht vollständig überzeugend, selbst wenn sie durchaus plausible Elemente enthält: "Insbesondere Spezialärzte sind darauf angewiesen, dass ihnen Patientinnen und Patienten zugewiesen werden. In der Praxis werden Patientinnen und Patienten an diejenigen Spezialärzte überwiesen, die mit dem Spitalsystem und den Netzwerken vertraut sind. Erfahrungen seitens der Ärzteschaft zeigen, dass die Teamarbeit im Spital eine spätere Zusammenarbeit und somit die Chancen einer erfolgreichen Zuweisungen von Patientinnen und Patienten wesentlich prägt. Zudem erweist sich die Neueröffnung einer Praxis - anders als die Praxisübernahme, wo ein Netzwerk schon besteht und übernommen werden kann - aus wirtschaftlichen Gründen regelmässig erst nach jahrelanger Spitaltätigkeit realisierbar. Inzwischen, jetzt da das Freizügigkeitsabkommen seit elf Jahren in Kraft ist, kann auch nicht mehr davon ausgegangen werden, dass vorwiegend Schweizerinnen und Schweizer von dieser Regelung profitieren."⁴⁴

- 24 Auch Jürg Schlup, Präsident der Ärztevereinigung FMH, ist der Ansicht, dass ein eingeschränkter Zulassungsstopp *nicht diskriminierend*, sondern eine Massnahme zur Qualitätssicherung sei.⁴⁵ Er befürwortet die mehrjährige Frist und führt als Argument an, dass auf diese Weise sichergestellt werden könne, dass eine Landessprache beherrscht werde und die Kenntnis des Gesundheitssystems genügend sei.
- 25 Sowohl Cottier/Liechti-McKee als auch Jürg Schlup argumentieren damit im Wesentlichen auf der Ebene der Rechtfertigungsgründe, welche nachfolgend näher erläutert werden.

5. Rechtfertigungsgründe?

- 26 Verstösse gegen das Diskriminierungsverbot können durch besondere Gründe gerechtfertigt sein. Dabei kommen *sowohl geschriebene als auch ungeschriebene Rechtfertigungsgründe* in Betracht.⁴⁶
- 27 So bestimmt Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA ausdrücklich, dass die auf Grund dieses Abkommens eingeräumten Rechte nur durch Massnahmen eingeschränkt werden dürfen, die aus Gründen der *öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit* gerechtfertigt sind. Auf den ersten Blick dürfte daher das Argument der Kostensenkung im Gesundheitswesen kaum genügen. Nach dem Grundsatz der parallelen Auslegung ist jedoch auch die Rechtsprechung des EuGH zu Art. 52 Abs. 1 AEUV zu beachten, welcher für die Beschränkung der Niederlassungsfreiheit analoge Rechtfertigungsgründe enthält. In diesem Zusammenhang hat der EuGH entschieden, dass das "Ziel der Aufrechterhaltung einer qualitativ hochwertigen, ausgewogenen und allgemein zugänglichen ärztlichen oder klinischen Versorgung" sowie das "Ziel der Vermeidung einer erheblichen Gefährdung des finanziellen Gleichgewichts des Systems der sozialen Sicherheit" unter diese Bestimmung fallen können, "wenn sie zur Erreichung eines hohen Niveaus des Gesundheitsschutzes beitragen".⁴⁷
- 28 Daneben sind aber, wie bereits erwähnt, auch *ungeschriebene Rechtfertigungsgründe* anerkannt, d.h. alle öffentlichen Interessen (bzw. "zwingenden Gründe des Allgemeininteresses"⁴⁸), welche sich im Einzelnen weitgehend mit den oben genannten decken. Als öffentliche Interessen gelten nämlich gemäss Epiney "z.B. die Erhaltung des finanziellen Gleichgewichts der Systeme sozialer Sicherheit, die 'Einheitlichkeit des nationalen Bildungssystems' oder auch die Qualität der

⁴³ Cottier/Liechti-McKee (Fn. 17), Rz. 41.

⁴⁴ Cottier/Liechti-McKee (Fn. 17), Rz. 41.

⁴⁵ Interview mit der NZZ am Sonntag vom 3. März 2013.

⁴⁶ Epiney (Fn. 24), Rz. 12.

⁴⁷ Cottier/Liechti-McKee (Fn. 17), Rz. 27 (mit Hinweis auf ein Urteil des EuGH). Vgl. auch Epiney (Fn. 24), Rz. 12 (S. 3 f.), welche dieses Argument jedoch nicht unter Art. 5 Abs. 1 FZA oder Art. 52 Abs. 1 AEUV subsumiert, sondern zu den ungeschriebenen Rechtfertigungsgründen zählt.

⁴⁸ Cottier/Liechti-McKee (Fn. 17), Rz. 28.

medizinischen Versorgung".⁴⁹ Ausgeschlossen sind wirtschaftliche Gründe (Schutz bestimmter Unternehmen oder Berufszweige), ebenso "rein praktische Schwierigkeiten sowie Gründe der Verwaltungsvereinfachung."⁵⁰ Es gebe diesbezüglich *keinen numerus clausus* und die Mitgliedstaaten verfügten über einen gewissen Konkretisierungsspielraum, in den sie nationale Besonderheiten einfließen lassen könnten.⁵¹ Wesentlich sei letztlich die *Verhältnismässigkeitsprüfung*, weshalb die Rechtfertigung von der Begründung und deren Substantiierung abhängt.⁵²

- 29 Im konkreten Fall vermag das Argument der *Verhinderung einer "Ärztenschwemme"* gemäss Astrid Epiney die Einschränkung der durch das FZA garantierten Rechte nicht zu rechtfertigen, weil es dem Grundanliegen dieses Abkommens zuwiderläuft und überdies wirtschaftlich motiviert ist.⁵³ Das Interesse an einer *Kostensenkung im Gesundheitswesen* sei zwar "zweifelloos ein zwingendes Erfordernis des Allgemeinwohls", die Regelung sei jedoch nicht verhältnismässig, da "nicht kohärent, weil die Ärzte, die nicht unter diese Regelung fallen und eine Praxis eröffnen, in gleichem Mass zur Kostensteigerung im Gesundheitswesen beitragen wie diejenigen, die von ihr erfasst werden".⁵⁴ Auch das Argument der Qualitätssicherung steche nicht, weil die Diplomanerkennung abschliessend in der Richtlinie 2005/36/EG geregelt sei und sich im Ausland grundsätzlich dieselben medizinischen Probleme stellen würden wie in der Schweiz. Zudem stellten die "Vertrautheit mit dem schweizerischen Gesundheitssystem, eine Kenntnis der Landessprachen oder des Sozialversicherungssystems" grundsätzlich zwar "zwingende Erfordernisse des Allgemeinwohls" dar, die Regelung gehe jedoch "über das zur Erreichung des angestrebten Ziels Erforderliche hinaus", weil dieser Nachweis auch anders als mit einer mehrjährigen Tätigkeit in der Schweiz erbracht werden können muss.⁵⁵
- 30 Cottier/Liechti-McKee argumentieren diesbezüglich, dass es nicht um das Beherrschen einer Landessprache und auch nicht um Kenntnisse des Sozialversicherungssystems gehe, sondern darum, Rahmenbedingungen zu schaffen, "damit in- und ausländische Ärzte in der Schweiz erfolgreich praktizieren und somit die Qualität unseres Gesundheitssystems gewährleisten können".⁵⁶ Von einer *de facto* Diskriminierung der Ausländer aus dem EU-Raum könne daher nicht gesprochen werden.
- 31 Nach unserer Einschätzung vermag diese letzte Argumentation nicht vollständig zu überzeugen; insbesondere wenn man bedenkt, dass die Anerkennung der ausländischen Weiterbildungstitel im Freizügigkeitsabkommen geregelt ist. Es ist nicht einzusehen, weshalb eine Person aus dem EU/EFTA-Raum, die diese Voraussetzungen erfüllt, aus Gründen der Qualitätsgewährleistung nicht zur Leistungserbringung zulasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung zugelassen sein soll.

E. Fazit

- 32 Die diskutierte Regelung verstösst nach unserer Einschätzung faktisch gegen das im FZA verankerte Diskriminierungsverbot (Art. 2 FZA); auf jeden Fall aber, wie von sämtlichen Autorinnen und Autoren eingeräumt wird, die sich in jüngerer Zeit mit der Frage befasst haben, gegen die Stillhalteklausele des FZA (Art. 13 FZA) sowie das Übermassverbot bei der Einschränkung der Niederlassungsfreiheit. Es handelt sich um eine in der Staatsangehörigkeit angelegte, indirekte Diskriminierung und einen sachlich nicht gerechtfertigten Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit der betroffenen Personen.⁵⁷

⁴⁹ Epiney (Fn. 24), Rz. 12 (S. 4 f.; mit Hinweisen auf die Rechtsprechung des EuGH).

⁵⁰ Cottier/Liechti-McKee (Fn. 17), Rz. 28; Epiney (Fn. 24), Rz. 12 (S. 4).

⁵¹ Cottier/Liechti-McKee (Fn. 17), Rz. 28.

⁵² Cottier/Liechti-McKee (Fn. 17), Rz. 29; vgl. auch Epiney (Fn. 24), Rz. 12 (S. 5).

⁵³ Epiney (Fn. 24), Rz. 16.

⁵⁴ Epiney (Fn. 24), Rz. 16 (S. 6).

⁵⁵ Epiney (Fn. 24), Rz. 16 (S. 7).

⁵⁶ Cottier/Liechti-McKee (Fn. 17), Rz. 40 f.

⁵⁷ Siehe Poledna/Rütsche (Fn. 22).

Zum einen sind keine hinreichenden öffentlichen Interessen ersichtlich, welche diese Ungleichbehandlung erfordern. Dass diese Regelung aus Qualitätsgründen erforderlich sein soll, erscheint uns aus den dargelegten Gründen nicht plausibel. Auch die Senkung der Gesundheitskosten allein vermag als Argument nicht zu genügen. Zudem ist die Einheit der Rechtsordnung in Frage gestellt, wenn das Krankenversicherungsgesetz in diesem Punkt eine andere Regelung trifft als das Medizinalberufegesetz.⁵⁸ Zum anderen erscheint die Wirksamkeit (und damit auch die Verhältnismässigkeit) dieser Regelung zumindest fraglich, da auch die - ebenfalls als Übergangslösung eingeführte - von 2002 bis Ende 2011 geltende Lösung keinen Beitrag zur Kostensenkung hat leisten können.⁵⁹

- 33 Einerseits aus rechtsstaatlichen, andererseits aber auch aus praktischen Gründen der Zielerreichung hat sich der *Kanton Zürich* deshalb entschieden, von der Möglichkeit des Zulassungsstopps keinen Gebrauch zu machen.⁶⁰ Diese Möglichkeit wird den Kantonen durch Art. 3 lit. a VEZL eingeräumt. Laut dieser Norm können die Kantone vorsehen, dass die im Anhang 1 festgelegte Höchstzahl für ein oder mehrere dort aufgeführte Fachgebiete nicht gilt. Kritisch zur Wiedereinführung des Zulassungsstopps haben sich zudem die Kantone Glarus, Appenzell Ausserrhoden⁶¹ und Aargau⁶² geäußert, wobei die letzteren beiden Kantone den Zulassungsstopp nun ebenfalls nicht wiedereinführen möchten. Im Kanton Zürich gab man zu bedenken, dass der Zulassungsstopp sich gar kontraproduktiv auswirken könne, weil vorsorglich Berufsausübungsbewilligungen eingeholt und die Ärzte aufgrund der sechsmonatigen Frist zur Einlösung von den Spitälern in die privaten Arztpraxen gedrängt würden. Der Bund verursache die steigende Zahl der Gesuche somit selbst und die Notwendigkeit der Wiedereinführung eines Zulassungsstopps mit diesem Anstieg zu begründen, erscheint dem Gesundheitsdirektor Thomas Heiniger als "Bubentrick". Überdies führe eine steigende Anzahl Gesuche nicht zwingend zu mehr abgerechneten Leistungen, weil auch im Arztberuf immer mehr Teilzeitarbeit geleistet werde. Ein möglicher Lösungsansatz des Kostenproblems im Gesundheitswesen sieht Heiniger - nach unserer Einschätzung zu Recht - in der Anpassung der Tarife für Leistungen der Spezial- und der Hausärzte.
- 34 Insgesamt hat der Bund damit eine in verschiedener Hinsicht problematische Lösung vorgelegt: Neben dem beschriebenen Konflikt des Zulassungsstopps mit dem im FZA sowie im EFTA-Übereinkommen statuierten Diskriminierungsverbot ist auch auf die von mehreren wichtigen Kantonen bereits genutzte Möglichkeit hinzuweisen, die Höchstzahlen und damit den Bedürfnisnachweis nicht anzuwenden. Die - aufgrund der früheren Erfahrungen ohnehin fragliche - Wirksamkeit des Zulassungsstopps wird dadurch weitgehend relativiert. Schliesslich sei auch auf die staatsrechtliche Dimension der Fragestellung hingewiesen: Der Gesetzgeber hat sich, trotz der deutlich artikulierten kritischen Meinungen, für eine Lösung ausgesprochen, die zumindest in einem starken Spannungsverhältnis zum FZA/EFTA-Recht steht. Wie würde das Bundesgericht entscheiden, wenn es von einer EU/EFTA-Bürgerin angerufen würde, der die Zulassungsbewilligung verweigert worden ist? Vorrang des FZA/EFTA-Rechts oder Vorrang des Bundesgesetzes? Unabhängig davon, wie man sich zur Notwendigkeit eines Zulassungsstopps stellt, wird diese zusätzliche Frage die ohnehin bereits angespannte Diskussion rund um die Stellung des internationalen Rechts weiter anheizen.

⁵⁸ Zudem enthält das Krankenversicherungsrecht mit Art. 36 KVG i.V.m. Art. 39 KVV und Art. 55a KVG selber zwei divergierende Regelungen.

⁵⁹ Darüber hinaus war bereits die Verhältnismässigkeit der vom 1. Januar 2010 bis 31. Dezember 2011 geltenden Fassung des Zulassungsstopps fraglich, welche bei bestimmten Weiterbildungstiteln vom Bedürfnisnachweis absah (siehe dazu Gächter/Siki [Fn. 9], S. 59 f.).

⁶⁰ "Kein Zulassungsstopp für Ärzte in Zürich", *Neue Zürcher Zeitung* vom 19. Juli 2013, S. 13.

⁶¹ "Appenzell Ausserrhoden verzichtet auf "Zulassungsstopp" für Ärztinnen und Ärzte", Medienmitteilung der kantonalen Verwaltung vom 5. Juli 2013.

⁶² "Verzicht auf Zulassungsstopp für Ärzte, Regierungsrat lehnt Wiedereinführung ab und passt Verordnung an", Medienmitteilung des Regierungsrats des Kantons Aargau vom 23. August 2013.



* Prof. Dr. iur. Thomas Gächter ist Inhaber des Lehrstuhls für Staats-, Verwaltungs- und Sozialversicherungsrecht an der Universität Zürich.

** Stephanie Burch, MLaw (Unilu), ist wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Staats-, Verwaltungs- und Sozialversicherungsrecht an der Universität Zürich.